

**На правах рукописи**

**Васильева Татьяна Анатольевна**

**Судебный прецедент как источник права  
в европейской юриспруденции XVII-XIX веков**

**12.00.01 – теория и история права и государства;  
история учений о праве и государстве**

**АВТОРЕФЕРАТ**

**диссертации на соискание ученой степени кандидата  
юридических наук**

**Казань 2012**

Диссертация выполнена на кафедре государственно-правовых дисциплин юридического факультета ОАНО ВПО «Волжский университет имени В.Н. Татищева» (институт) г. Тольятти.

Научный руководитель кандидат юридических наук, доцент  
Царьков Игорь Иванович

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор  
Козлихин Игорь Юрьевич;

доктор юридических наук, профессор  
Хачатуров Рудольф Левонович

Ведущая организация Ульяновский государственный  
университет

Защита состоится 29 марта 2012 г. в 13 часов на заседании диссертационного совета ДМ 212.081.26 при ФГАОУ ВПО «Казанский (Приволжский) федеральный университет» по адресу: 420008, г. Казань, ул. Кремлевская, 18, ауд. 335.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке ФГАОУ ВПО «Казанский (Приволжский) федеральный университет», с электронной версией автореферата – на сайте университета: [www.ksu.ru](http://www.ksu.ru).

Автореферат разослан «\_\_\_» \_\_\_\_\_ 2012 г.

Ученый секретарь  
диссертационного совета

кандидат юридических наук, доцент

Г.Р. Хабибуллина

## ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

**Актуальность диссертационного исследования** обусловлена прежде всего тем, что проводимые в современной России государственно-правовые реформы и преобразования в условиях интеграции и адаптации требуют фундаментальных историко-теоретических исследований политико-правовой мысли западноевропейской цивилизации и выявления основных закономерностей ее развития. Правовые преобразования судебной власти не могут не ориентироваться на исторический опыт европейской юриспруденции в решении вопросов судебного правотворчества и практики применения правовых норм. Исторический диалог с правовой мыслью Европы XVII-XIX вв. о судебном прецеденте как источнике права наполнит качественно новым содержанием происходящие в нашей стране политико-правовые процессы, направленные на создание высокой правовой культуры граждан.

Комплексное исследование правовой мысли европейской юриспруденции о судебном прецеденте как источнике права, использование ее мощнейшего теоретического потенциала в современной практике государственно-правового реформирования будет способствовать решению вопросов принципиальной допустимости судебного правотворчества в российском праве, преодолению юридического формализма, раскроет возможные перспективы развития правовой системы России.

Современная теория права нуждается в обобщении результатов исследований судебного прецедента, выработанных определенными научными школами и основными правовыми семьями в разные исторические периоды. Необходимость в многоаспектном историко-теоретическом исследовании актуализирована современным состоянием юридической науки, т.к. изучение правовых дефиниций и институтов в рамках одного подхода бесперспективно. Преодолеть такое состояние теории права удастся благодаря преемственности знаний европейской юриспруденции о судебном правотворчестве, обобщению концепций судебного прецедента, разработанных представителями определенных на-

учных школ права, восстановлению и обновлению европейских традиций при определении полномочий судебной власти.

Необходим комплексный подход юридической науки к проблемам судебного прецедента как источника права в европейской юриспруденции XVII-XIX вв., прежде всего историко-философское обоснование концепций судебного правотворчества в правовых учениях (естественно-правовой доктрине, теории юридического позитивизма, исторической и реалистической школах права). Недопустимо игнорирование историко-теоретических положений англосаксонской и романо-германской правовых семей. В противном случае правовая наука испытает серьезный пробел в знаниях, который может привести к злоупотреблениям и нарушениям, в силу того что осуществление государственно-правовых реформ напрямую зависит от результатов юридической науки.

Для современной науки ценность и значимость исследований историко-теоретического потенциала европейского правоведения в XVII-XIX вв. при изучении вопросов судебного прецедента как источника права обуславливается наличием солидной научно-практической аргументации и основательной доказательной базы, подтверждающей многоаспектность судебного прецедента и обосновывающей необходимость его комплексного исследования как сложного, многогранного явления, в значительной степени зависящего от исторических, социальных, политических и иных специфических условий существования правовой действительности.

**Степень разработанности темы.** В отечественной и зарубежной теории и истории государства и права судебный прецедент получает достаточно объемное теоретико-практическое исследование. Соотношение его с законом считается одной из самых дискуссионных и многообсуждаемых тем юриспруденции. Освещаются исторические периоды становления судебного прецедента, анализируются проблемы судебного правотворчества в романо-германской семье и семье общего права. Об этом свидетельствуют многочисленные публикации, как научные статьи, так и диссертационные работы, рассматривающие су-

дебный прецедент в целом либо в рамках национальных особенностей того или иного государства.

Теоретико-практическому исследованию судебный прецедент был подвергнут еще в дореволюционный период. Научные труды таких ученых, как Л.Е. Владимирова, Г.В. Демченко, А.Ф. Кони, Н.М. Коркунов, Д.И. Мейер, С.В. Пахман, Л.И. Петражицкий, А.Е. Пресняков, Е.Н. Трубецкой, составили основную теоретическую базу изучаемого источника права.

В советский период судебный прецедент официально не являлся источником права, однако формальный запрет не означал его полного исключения из сферы научных изысканий. Особый интерес проявлялся к анализу судебной практики, ее функциям, роли и месту в социалистическом праве. Данным исследованиям посвящены работы С.Н. Братуся, С.И. Вильнянского, А.Б. Венгерова, В.И. Леушина, А.С. Пиголкина, А.А. Пионтковского, А.Ф. Черданцева.

В конце XX - начале XXI в. интерес к проблемам судебного прецедента значительно возрос. Исследование данного источника права получает свое развитие в трудах отечественных и зарубежных ученых-правоведов С.С. Алексеева, Т.В. Апаровой, И.Ю. Богдановской, С.Ю. Бодрова, П.А. Гука, Т.В. Гуровой, С.К. Загайновой, О.Н. Коростелкиной, В.М. Лебедева, М.Н. Марченко, В.С. Нерсисянца, Ф.М. Решетникова, В.А. Толстика, В.А. Туманова, Ж.-Л. Берже, Р. Давида, К. Жоффре-Спинози, Х. Кетца, Р. Кросса, Д. МакКормика, Р. Саммерса, Р. Уолкера, К. Цвайгерта.

В то же время многие вопросы, касающиеся судебного прецедента, остаются открытыми и крайне актуальными. Как показывает анализ юридической литературы, недостаточное внимание уделяется теоретической аргументации судебного прецедента как источника права, игнорируются положения правовых доктрин о судебном правотворчестве. Например, за рамками исследований остается правовая мысль естественно-правовой доктрины о полномочиях и прерогативах судебной власти, практически не изучается концепция судебного прецедента в теории юридического позитивизма и исторической школе права, остается забытым особо ценный для современного права взгляд реалистической

школы на судебный прецедент как источник права. Современные теоретико-правовые изыскания нуждаются в анализе философских воззрений Т. Гоббса, Дж. Локка, Й. Бентама, Д.С. Милля, Дж. Остина, Г. Гуго, Ф. К. Савиньи, Г. Ф. Пухты, Р. Иеринга.

Изучение юридической литературы, посвященной вопросам судебного правотворчества, свидетельствует, что основное внимание ученых зачастую сосредоточивается на злободневном вопросе - присущи ли современному российскому суду наряду с правоприменительными функциями правотворческие, является судебный прецедент источником права или нет. Несомненно, это весьма важные и требующие своего квалифицированного разрешения темы правовой науки. Однако наиболее значимыми, своего рода исходными являются историко-теоретические вопросы, в рамках которых уделяется внимание причинам становления и функционирования судебного прецедента в качестве источника права, понятию и признакам, содержанию и структуре судебного прецедента, соотношению с другими источниками права. Достаточно важными представляются проблемы теоретического обоснования судебного прецедента в качестве источника права ведущими научными школами права, вопросы теоретических оснований судебного правотворчества, Поскольку от того, как решаются данные вопросы, что понимается под правовым феноменом и какой смысл вкладывается в термин «судебный прецедент», зависит характер решения проблем, обуславливающих судебное правотворчество и практику применения правовых норм судебными органами.

**Теоретическая основа диссертационного исследования.** При написании диссертации были использованы труды по основным проблемам теории и истории государства и права, философии права, истории политических и правовых учений, среди которых особо следует отметить работы С.С. Алексеева, Т.В. Апаровой, М.И. Байтина, С.В. Боботова, И.Ю. Богдановской, С.Ю. Бодрова, К.А. Волкова, П.А. Гука, Т.В. Гуровой, В.М. Жуйкова, С.К. Загайновой, И.Ю. Козлихина, О.Н. Коростелкиной, В.В. Лазарева, В.М. Лебедева, Г.В. Мальцева, С.В. Маркина, М.Н. Марченко, В.С. Нерсисянца, К.В. Обра-

жиева, Ф.М. Решетникова, А.К. Романова, В.Г. Румянцевой, А.Я. Сухарева, Ю.А. Тихомирова, В.А. Толстика, В.А. Туманова, И.И. Царькова, А.Я. Юдовской.

Существенное влияние на понимание специфики судебного прецедента как источника права в истории европейской юриспруденции оказали произведения крупнейших представителей политико-правовой мысли Европы, в частности Й. Бентама, Т. Гоббса, Р. Иеринга, Г. Кельзена, Дж. Локка, Д.С. Милля, Г.Ф. Пухты.

Кроме того, исследовались труды зарубежных авторов Э. Аннерса, П. Арчера, Ж.-Л. Бержеля, Ю. Бэкера, Р. Давида, Р. Дворкина, Э. Дженкса, К. Жоффе-Спинози, Х. Кетца, Р. Кросса, Д. МакКормика, Дж. Постема, Р. Саммерса, Р. Силтала, Р. Уолкера, М. Фондера, К. Цвайгерта.

**Методологическую основу** диссертационного исследования составляют общенаучные и специальные методы познания: логический, исторический, сравнительно-правовой, системного анализа и синтеза, дедукции и индукции.

Большое методологическое значение придается основополагающим установкам диалектики, феноменологии и герменевтики.

**Объект и предмет исследования.** Объектом исследования выступает комплекс идей, характеризующих судебный прецедент в качестве источника права в общем контексте развития правовой мысли европейской юриспруденции XVII-XIX вв. Предметом исследования является система взглядов, раскрывающая определенные условия развития и функционирования судебного прецедента как источника права, подчеркивающая специфику его проявления и использования в европейской юриспруденции XVII-XIX вв.

**Цель и задачи исследования.** Цель исследования состоит в комплексном историко-теоретическом и историко-философском анализе судебного прецедента как источника права в общем контексте развития европейской юриспруденции XVII-XIX вв.

Для достижения поставленной цели требовалось решить следующие задачи:

- раскрыть исторические особенности развития и специфические признаки англосаксонской правовой семьи;

- провести исследование основных закономерностей функционирования судебного прецедента в качестве источника права в семье общего права, проанализировать понятие судебного прецедента, охарактеризовать признаки судебного прецедента, исследовать судебный прецедент в системе с другими источниками общего права;

- изучить правовую доктрину судебного прецедента, выявить структуру и содержание судебного прецедента, используемого в качестве источника права в англосаксонской правовой семье;

- определить особенности развития и становления романо-германской правовой семьи;

- проанализировать судебный прецедент как источник права в романо-германской правовой семье;

- выявить комплекс ключевых взглядов на судебный прецедент, представленный ведущими правовыми учениями европейской юриспруденции XVII-XIX вв.: естественно-правовой доктриной, теорией юридического позитивизма, исторической и реалистической школами права;

- провести теоретическое обоснование судебного прецедента в качестве источника права, используя положения названных правовых учений.

**Научная новизна исследования** заключается в том, что автором проведен комплексный, логически заверченный научный анализ судебного прецедента как источника права в европейской юриспруденции XVII-XIX вв.

Диссертант проводит исследование не только с точки зрения теории и истории права, автор во многом ориентируется на философию права и историю политических и правовых учений: в центре исследования находятся ключевые положения ведущих правовых учений европейской юриспруденции XVII-XIX вв.

Впервые с позиций государственно-правовых доктрин изучен судебный прецедент как источник права. Опыт естественно-правовой теории, юридического



позитивизма, исторической и реалистической школ права позволил сформулировать определенные концепции судебного прецедента, провести теоретическую аргументацию данного источника права, раскрыть его многомерную сущность и рассмотреть правовую дефиницию в многоаспектном единстве.

Основные выводы диссертационной работы отвечают наиболее актуальным потребностям современной правовой теории и практики. Предлагаемый автором подход к исследованию судебного прецедента как источника права способствует преемственности правового потенциала европейской юриспруденции для развития отечественной юриспруденции, позволяет определить степень востребованности политико-правовой мысли Европы XVII-XIX вв. в современном теоретическом правоведении, привносит качественно новый подход к исследованию правового феномена, обосновывает необходимость дальнейших изысканий при формировании наиболее значимого для современного правового общества и государства взгляда на судебное правотворчество.

**В диссертационной работе обосновываются и выносятся на защиту новые или содержащие элементы новизны следующие положения:**

1. Судебный прецедент - категория исключительная и многогранная. Система взглядов и комплекс ключевых положений о судебном прецеденте как источнике права, представленный европейскими правовыми учениями XVII-XIX вв., среди которых центральное место занимают естественно-правовая доктрина, теория юридического позитивизма, историческая и реалистическая школы права, позволяют говорить о существовании определенных концепций судебного прецедента, исходя из которых проводится теоретическая аргументация данного источника права, исследуется его значение и определяется практическая роль.

2. В соответствии с положениями естественно-правовой доктрины судебный прецедент напрямую зависит от предоставленной судебной власти прерогативы дополнять, изменять и корректировать не всегда совершенный, содержащий в себе пробелы закон. Решение суда, возникшее в рамках реализации

таких прерогатив, может использоваться правоприменителем в качестве источника права наравне с законом.

Концепция естественных прав в единстве с теорией общественного договора закрепляет особо ценностное полномочие «судьи-чиновника» на защиту граждан, при котором он не только призван исполнять закон при отправлении правосудия, но и уполномочен в случае пробела в праве применять внепозитивные нормы в обоснование справедливости судебного решения.

3. Теория юридического позитивизма в отличие от естественно-правовой доктрины определяет приоритет закона в качестве единственного источника права и исключает любые возможные альтернативы посредством закрепления определенного статуса судебной власти. Судья как «государственный чиновник» обязан лишь применять действующий закон, истинность которого определяется формальными основаниями. Научной концепцией признается, что закон есть воля суверена, а суд - глас закона.

При этом позитивизмом не отрицается судебный прецедент как действующий источник права. Существование его обусловлено единообразной практикой применения законодательных норм. За судебным прецедентом сохраняется вспомогательная роль, он дополняет не всегда идеальный закон и устраняет пробелы в праве.

4. В целом правовая мысль исторической школы предопределила невозможность существования прецедентного права. Историческая школа не рассматривала судебный прецедент в качестве источника права. Исключались любые дискуссии о возможности создания отдельными индивидами (судьями) правовых норм (судебных прецедентов). Активные действия расценивались как акты насилия и воспринимались крайне критически.

Представители исторической школы права подчеркивали, что за рамками правовой реальности находятся процессы создания единой практики применения правовых норм и вынесения однообразных судебных решений, в силу чего основным и единственным источником права исторической школы признавался «дух народа».

Право, основанное на «национальном духе», абсурдно. Оно не может быть лишено рационализма, границы его должны быть предельно четкими. Исследование права не может ограничиваться лишь анализом правовых фактов и явлений, филологической критикой и сравнительным методом. История привносит, безусловно, значимый оттенок, однако чрезмерное следование ей приводит к ложным выводам, смещению границ права и неправа и даже к заблуждению.

5. Реалистическая школа права главное значение придает содержанию права. Судебная власть, способная изменять и дополнять право посредством создания судебных прецедентов, наравне с законодательной властью призвана решать вопрос о содержании права, который сводится к вопросу о цели права. Цель заключается в удовлетворении одновременно как личных, так и общественных интересов. Поэтому судья, рассматривая конкретную жизненную ситуацию и испытывая потребность в правовой норме, призванной урегулировать возникший спор, в собственном решении должен воплотить в действительность одновременно цели, стоящие как перед отдельными индивидами, так и перед государством в целом.

Реалистическая школа права, используя собственную теоретическую базу и теоретическую базу предыдущих доктрин, формулирует обоснование института судебного правотворчества и признает судебный прецедент наравне с законом в качестве источника права.

6. Исследуя историко-теоретический аспект судебного прецедента как источника права, автор формулирует определение правового термина, во многом ориентируясь на потенциал романо-германской и англосаксонской правовых семей: судебным прецедентом является источник права, представляющий собой судебное решение по конкретному делу, содержащее правоположение, которое имеет статус правовой нормы и является обязательным для применения правилом в судах той же или низшей инстанции.

7. Особенности исторического развития судебного прецедента как источника права в романо-германской правовой семье и семье общего права рас-

крывают наиболее значимые признаки судебного прецедента, среди которых: создание судебного прецедента судебными органами государственной власти, существование принципа обязательности применения судебного прецедента, обусловленность судебного прецедента правоположением, сформулированным судом в рамках определенных методик и по итогам правовой аргументации существенных обстоятельств спора.

**Теоретическая значимость диссертации** заключается в том, что она представляет собой комплексное историко-теоретическое и историко-философское исследование судебного прецедента как источника права в общем контексте развития европейской юриспруденции XVII-XIX вв. Теоретические положения и выводы, содержащиеся в диссертации, значительно расширяют научные представления о судебном прецеденте как источнике права и могут найти применение в дальнейших исследованиях данной проблематики в теории и истории государства и права, философии права, истории политических и правовых учений.

**Практическая значимость диссертационного** исследования определяется тем, что содержащиеся в работе выводы, предложения и рекомендации могут быть использованы в дальнейших научных исследованиях в области истории и теории права, философии права, истории правовых и политических учений; в лекционных курсах «Теория государства и права», «История государства и права зарубежных стран», «Философия права», «История политических и правовых учений», спецкурсах по проблемам общей теории права, философии права, истории правовых и политических учений; в практической деятельности органов законодательной, судебной и исполнительной власти.

**Апробация результатов исследования.** Настоящая диссертация подготовлена на кафедре государственно-правовых дисциплин юридического факультета Волжского университета имени В.Н. Татищева.

Основные выводы и положения, содержащиеся в диссертационной работе, нашли отражение в шестнадцати научных статьях, четыре из которых опубликованы в издании, рекомендованном ВАК Министерства образования и науки

РФ. Основные положения диссертации докладывались на международных научных конференциях «Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики» (2006-2010 гг.), теоретические выводы, полученные в ходе исследования, неоднократно обсуждались на заседаниях кафедр государственно-правовых дисциплин Волжского университета имени В.Н. Татищева (г. Тольятти), теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета (г. Санкт-Петербург).

**Структура диссертации** определяется целью и задачами исследования и состоит из введения, трех глав, включающих девять параграфов, заключения и библиографического списка.

## ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

**Во введении** обосновывается актуальность темы диссертации, анализируется степень научной разработанности исследуемых вопросов, определяются теоретические и методологические основы, объект и предмет исследования, цели и задачи, демонстрируется научная новизна, формулируются основные положения, выносимые на защиту, определяется научно-практическая значимость исследования, приводятся данные апробации результатов диссертационного исследования.

Первая глава **«Историко-теоретический анализ судебного прецедента в англосаксонской правовой семье XVII-XIX веков»** начинается с анализа исторических особенностей правовой семьи в обозначенный период.

Исследование **в первом параграфе** обращено к периоду расцвета семьи общего права, к моменту полного завершения формирования судебного прецедента в качестве источника права и создания системы отправления правосудия, удовлетворяющей запросы государства и права.

В ходе исследования англосаксонской правовой семьи анализируются процессы функционирования двух основных английских институтов (собственно общего права и права справедливости), характеризуются кризисные тенденции в развитии правовой семьи и пути их преодоления, определяются дальнейшие возможности и ориентации англосаксонской правовой семьи, которые заключаются в усилении роли статута (закона) среди источников общего права. Процессы становления и развития статутного права в семье общего права обосновывают возможность одновременного использования правоприменителем двух источников права - судебного прецедента и закона. Степень сочетаемости закона и судебного прецедента определяется установлением преимущественного значения одного из них. Вопрос конфликтности источников права решается мягкой дизъюнкцией: правоприменитель, отдавая предпочтение признанному источнику права, может сослаться в подтверждение своих аргументов на позицию, изложенную в другом источнике права.

Проведенное исследование исторического аспекта англосаксонской правовой семьи, анализ отдельных этапов ее развития позволяет выявить основные закономерности становления судебного прецедента, объяснить причины его существования в качестве источника права, аргументировать приоритет правовой дефиниции. Диссертантом раскрывается не только общее содержание одной из ведущих правовых семей мира, но и исследуются ее особенности, в частности судейский характер права, отсутствие кодифицированного права, слабое влияние римского права, приоритет процессуального права, высокий уровень независимости судебной власти, обвинительный характер судебного процесса. Заслуга общего права заключается в аргументации правотворческого статуса судебной власти и закреплении в качестве приоритетного источника права судебного прецедента.

Изучение исторического аспекта англосаксонской правовой семьи посредством анализа отдельных этапов и выявления характерных признаков подтверждает путь развития одной из ведущих правовых семей от частных случаев (судебных прецедентов) к общим правовым принципам, изложенным в консолидированных актах.

Во **втором параграфе** исследуется судебный прецедент как источник права в семье общего права.

Несмотря на достаточно стабильное функционирование статутного права и повышенную значимость закона в вопросах правоприменительной практики, судебный прецедент традиционно является твердо устоявшимся источником права в англосаксонской правовой семье. Именно эта правовая семья окончательно сформировала то классическое определение судебного прецедента, которое представляется и широко используется теорией права в настоящее время.

С целью определения термина «судебный прецедент» анализируются признаки, свойственные данной правовой категории, используя историко-теоретические положения семьи общего права.

От других источников права судебный прецедент отличают следующие характерные признаки: создание судебного прецедента только судебными органами государственной власти; существование принципа обязательности применения судебного прецедента; наличие определенных юридических правил создания судебного прецедента, обусловленных правовой доктриной.

Автор приходит к выводу, что судебным прецедентом является источник права, представляющий собой судебное решение по конкретному делу, содержащее правоположение, которое имеет статус правовой нормы и является обязательным для применения правилом в судах той же или низшей инстанции.

Использование судьей при принятии судебного решения определенного источника права называет одно из оснований разграничения правовых семей, а также накладывает заметный отпечаток на развитие и функционирование национальных правовых систем. Применение судебных прецедентов как источников права свойственно семье общего права, вынесение решения на основе законодательной нормы характерно для романо-германской правовой семьи. Ответ на вопрос, что может быть положено в основу принимаемого судьей решения - закон, обычай или судебный прецедент, позволяет определить тип его правопонимания и статус либо как правоприменителя, либо как правотворца.

**В третьем параграфе** проводится анализ правовой доктрины судебного прецедента, окончательно сформировавшейся в англосаксонской правовой семье к концу XIX в. Первым и основным признаком доктрины называется принцип *stare decisis*, обязывающий судью соблюдать ранее вынесенное решение и исключаящий возможность бесконечного судебного правотворчества. Принцип *stare decisis* указывает на структуру и содержание судебного прецедента.

*Ratio decidendi* и *obiter dictum* обуславливают структуру судебного прецедента.



Ratio decidendi (сущность решения) представляет собой основополагающую идею ранее вынесенного судебного решения, которой необходимо следовать.

Судебный прецедент изначально строится на анализе как существенных, так и несущественных обстоятельств судебного дела, на изучении событий и фактов. В результате правовой аргументации последних судья при отсутствии норм права формулирует правоположение. Такой правовой вывод имеет предельно обобщенный характер и может быть применен в аналогичных случаях. Четкость формулировок, убедительность доводов и логичность изложения материала характерны для судебного прецедента.

В науке в отношении *obiter dictum* отсутствует единство мнений. Диссертант полагает, что полное отрицание юридического значения *obiter dictum* может привести к нарушению целостной структуры судебного прецедента, т.к. *obiter dictum* указывает на важность и убедительность сформулированного судьей правоположения (*ratio decidendi*) в контексте конкретных обстоятельств спора.

Наиболее распространены в правовой доктрине прецедента методы поиска *ratio decidendi* И. Уэмбо и А. Гудхарта.

В основе первого метода лежит инверсия. Основываясь на данном методе, судья определит *ratio decidendi*, когда аналогичное дело при отсутствии сформулированного правоположения будет разрешено по-другому. Смысл второго метода заключается в оценке судьей существенных фактов, правовой аргументации обстоятельств дела и выводах, объективно устраивающих противоположные стороны процесса. Важная задача второго метода - установить, какие из фактов и выводов следует признать существенными.

Вторая глава диссертации **«Историко-теоретический анализ судебного прецедента в романо-германской правовой семье XVII-XIX веков».**

В первом параграфе исследуются особенности развития романо-германской правовой семьи до XIX в.

Континентальная правовая семья занимает особое место и имеет весьма длительный путь в своем развитии. Римская юриспруденция, средневековая университетская мысль и явления кодификации в странах континентальной Европы являются важными признаками исторического развития романо-германской семьи и свидетельствуют о значимости закона среди других источников права.

Среди особенностей, которые оказывают значительное влияние на положение закона в континентальной семье, выделяются следующие: становление романо-германского права на основе римского права, ярко выраженная доктринальность, концептуальность и кодифицированность, характерное деление права на публичное и частное.

В отличие от англосаксонской правовой семьи романо-германская семья выбрала иной путь развития. Римская юриспруденция, средневековая университетская мысль и явления кодификации как основные составляющие исторического развития правовой семьи способствовали созданию именно законодательных норм. Развитие права происходило от общих правовых норм к частным случаям, тогда как семья общего права формировалась по противоположному принципу: от частных случаев (судебных прецедентов) к общим правовым нормам (правовым принципам).

Несмотря на различные исторические этапы становления, две ведущие правовые семьи по-своему схожи, сходство это заключается в том, что они объединены общей системой правовых ценностей и идей, единой судебной процедурой и общей идеологией. Это тот единый результат, к которому они пришли в процессе своего длительного становления, сохранив свои специфические особенности и черты.

Во **втором параграфе** исследуется судебный прецедент как источник права в романо-германской правовой семье.

Если судебный прецедент как источник права нашел полную поддержку и признание в англосаксонской правовой семье, то его роль и место в романо-германской семье характеризуется определенной двойственностью. С одной

стороны, существование обширной и единообразной практики применения законодательных норм судами, теоретическое и практическое изучение закона обуславливают возможность существования судебного прецедента в качестве источника права. С другой стороны, значимость и приоритет закона как основного источника права в континентальной семье исключает такие выводы. Выход из создавшегося положения видится в том, чтобы рассматривать судебный прецедент как источник права не в формальном, а в практическом плане, отдавая предпочтение решению не теоретических вопросов, а проблем, возникающих в практике применения правовой нормы. В романо-германской правовой семье юридическая сила прецедента определяется не формально-юридическими критериями, а фактическими жизненными обстоятельствами. Независимо от статуса судебного прецедента в системе континентального права решающим для определения его юридической силы будет не нормативно-правовой акт, а реальные жизненные обстоятельства, а также практическая необходимость и потребность в судебном прецеденте как источнике права.

Закон в романо-германской правовой семье не отождествляется с правом, наряду с ним используются и другие источники права - обычаи, правовые принципы, доктрины и судебные прецеденты. Именно они, а не только законы, составляющие основу романо-германского права, предопределяют суть правовой семьи, формируют континентальное представление о понятии и содержании самого права.

### **Третья глава «Концепции судебного прецедента в правовых учениях Европы XVII-XIX веков».**

Система взглядов и комплекс ключевых положений о судебном прецеденте и в целом о судебном правотворчестве различных правовых школ подтверждает существование научных концепций судебного прецедента, исходя из которых проводится теоретическая аргументация данного источника права, исследуется значение правовой дефиниции и определяется практическая роль.

С целью обоснования различных концепций судебного прецедента как источника права проводится анализ определенных положений правовых учений Европы XVII-XIX вв.: естественно-правовой доктрины, теории юридического позитивизма, исторической и реалистической школ права.

**В первом параграфе** исследуется концепция судебного прецедента в естественно-правовой доктрине в единстве с теорией общественного договора.

Теория естественных прав, в толковании Т. Гоббса и Дж. Локка, характеризуется двойственностью. С одной стороны, положения доктрины дают начало для развития идей, свойственных юридическому позитивизму (учение Т. Гоббса), с другой, раскрывают существование внепозитивных источников права (учение Дж. Локка).

Важная особенность первой идеи (по Т. Гоббсу) заключается в том, что естественное право понимается как право человека, которым индивид может полностью распоряжаться и передавать его в другие руки (суверену). Результатом такой передачи и распределения прав является договор, которым определяются полномочия правителя, самостоятельно формирующего государственные институты власти и устанавливающего объем их компетенций. Делегирование функций институтам власти исходит не от общества (снизу), оно опосредуется промежуточным звеном - сувереном.

Созданные правителем государственные институты (судебные в том числе) учреждаются с одной целью - воплотить в реальность его веления, применить законы. Судебное правотворчество как вторжение в сферу полномочий правителя исключается. Судебная деятельность не может использовать любые другие источники права, отличные от законов суверена.

В теории естественных прав (по Дж. Локку) положения второй идеи основываются на противоположных выводах. Они теоретически обосновывают дополнительные источники права, используемые наравне с законом, подчеркивают их необходимость и значимость в вопросах права, аргументируют существование судебного прецедента как источника права.

Преимущество данного направления естественно-правовой концепции заключается в том, что естественное право понимается как неотчуждаемое право человека, на которое никто не имеет права посягать и которые сам человек не может передать в чужие руки. Учреждая институты власти посредством договора, люди отчуждают не все свои естественные права, а только те, которые создают неудобства для естественного состояния. К таким правам относится право в сфере законодательной, исполнительной и судебной власти.

Формирование государственных институтов власти индивидами посредством отчуждения права на определение общего критерия справедливости (закона), отправление правосудия, исполнение приговора обуславливает принцип разделения властей, который означает, что не суверен наделяет государственные институты (в том числе судебные) полномочиями, а само общество. Такой подход свидетельствует не только о юридической (по закону), но и о моральной (по совести) ответственности государственных чиновников перед индивидами, что является важной гарантией для развития институтов судебного правотворчества и становления судебного прецедента в качестве источника права. Судебная власть, созданная посредством делегирования вторичных естественных прав, уполномочена в целях защиты прав граждан использовать не только закон, но и внепозитивные критерии, опосредованные судебской аргументацией и правовым анализом.

Судебная власть, представленная Дж. Локком, имеет свои особенности. Полномочия судьи как лица, который определяет правильность применения закона и карает за его неисполнение, включены в сферу исполнительной власти.

В силу недостатков законодательной власти, которая считается Дж. Локком временной, слишком громоздкой и не способной уследить за изменениями в обществе, исполнительная власть наделяется важным полномочием. Она не только имеет право созывать и распускать законодательный орган, но и обладает правотворческими функциями в части дополнения и корректировки

законов. «Прерогатива является не чем иным, как творить общественное благо без закона»<sup>1</sup>.

Так, судебная власть, включенная Дж. Локком в сферу исполнительной, основывается на признанной прерогативе изменять не всегда совершенный закон, содержащий в себе пробелы. Решения судей в рамках реализации таких полномочий получают статус источника права и могут применяться наравне с законом.

Во **втором параграфе** изучается концепция судебного прецедента в юридическом позитивизме. Автор акцентирует внимание на этической теории и теории императивов.

Задачей юридического позитивизма считается не обоснование необходимого объема полномочий и распределение прав и обязанностей между обществом и сувереном, а создание объективных условий, при которых интересы государства будут совпадать с интересами граждан, иметь один «общий масштаб». Главная цель, преследуемая государством, заключается в нахождении общих условий, при которых индивидуальный интерес определяется как совокупное благо отдельных лиц.

Позитивизм рассматривает право исключительно как позитивное, которое соответствует системе норм, установленной сувереном, и столкновение с положениями внепозитивного характера недопустимо. Главное - норма должна соответствовать формальному критерию - исходить от суверена, в этом заключается ее истинность.

Закон, издаваемый сувереном, является единственным источником полномочий судьи. Если нормы порождают несправедливость, то вина за это ложится на законодателя, а не на судью. Решения, принимаемые судьей, определяются законом, поэтому не судья, а именно нормы права решают судебное дело.

Однако ставка юридического позитивизма на закон как источник права провоцирует ряд проблем, возникающих в правоприменительной практике. По-

---

<sup>1</sup> Локк Дж. Два трактата о правлении // Соч.: В 3 т. Т. 3. - М., 1988. С. 360.

зитивисты вынуждены признать, что закон, как бы идеально ни был сформулирован, не может затронуть всю совокупность общественных отношений. Признание единой практики применения действующего законодательства неизбежно. Это не противоречит высказыванию Дж. Остина о существовании в качестве единственного источника права закона. Компромисс теория юридического позитивизма находит в выборе законотворческого стиля, предусматривающего определенную степень обобщенности правовой нормы, что позволяет судьям рассматривать правовые положения в конкретной ситуации. Судья не создает новых правовых норм, он лишь интерпретирует веления суверена в рамках предоставленных полномочий.

Судебные прецеденты обладают вспомогательной ролью, они лишь дополняют закон, заполняют пробелы в праве, но ни в коем случае не создают право. Главной задачей судей является применение нормы права, они не вправе отклоняться от юридической нормы, даже если применение чревато несправедливостью.

Правовые нормы, принятые сувереном, являются единственным моральным оправданием полномочий судить. Если судьи отклоняются от норм, то они не просто нарушают норму права, они действуют без полномочий. Из подобной теории правосудия следует, что у судей нет иных полномочий, кроме как вытекающих из закона, и они не могут обращаться к критериям нравственности как оправданию своих решений.

**Третий параграф** посвящен исследованию концепции судебного прецедента в исторической школе права.

На первый взгляд историческая школа права далека от идей судебного правотворчества. Теоретическое обоснование получают иные, отличные от судебного прецедента, источники права. Несмотря на это, выводы научной концепции представляют особую ценность в вопросах создания правовых норм отдельными людьми (судьями).

Историческая школа права подчеркивает, что общие начала правовых институтов и учреждений должны быть согласованы в каждой стране с ее на-

циональными особенностями. Каждое государство индивидуально, ему свойственно собственное историческое развитие, культурные традиции и специфические черты национального характера. Поэтому право не может сводиться только к распоряжениям верховной власти, оно наполнено явлениями и событиями народной жизни. Нормы права рождаются в народном сознании и проходят долгий исторический путь от обычая к закону.

Историческая школа права считает, что на отдельных этапах развития праву свойственны определенные формы (источники): вначале обычай, затем право юристов-профессионалов и только потом кодексы (законы). Подобную схему демонстрирует история Европы: от обычая в период «темного средневековья» к формированию сословия профессиональных юристов в период феодальной раздробленности, затем к процессу кодификации правовых норм в период централизованных национальных государств. Профессиональные юристы, создавая систему строгих юридических понятий, должны прислушиваться к обычаю; государство, издавая законы, - к профессионалам-юристам. Такой подход заложен в созданный исторической школой права научный метод сравнительного правоведения.

Представители исторической школы права, акцентируя внимание на историческом развитии правовых институтов, констатируют, что процесс роста непостижим для человеческого разума, т.к. человек может познать только окончательную форму, только то, что уже есть оформившееся. Например, когда отрасль права представляет собой определенную систему норм, свойственных для каждого отдельно взятого народа. Все остальное находится за пределами человеческого разума. Поэтому человек, вступая в правоотношения, может не осознавать с правовой точки зрения всех своих поступков, он совершает их в силу существующей традиции или обычая. Деяния любого человека (в том числе и судьи) не считаются значимыми, т.к. могут находиться за рамками допустимого. Судья, как и любой другой член общества, совершая отдельные поступки, решая судебные споры, основывается на традиционных устоях своего народа, которые предшествуют его индивидуальному опыту. Изменить сфор-



мированные историей правила по своей собственной воле он не может. В идею исторической школы права не вписывается судебный прецедент в качестве источника права. Он отрицается и запрещается научной доктриной.

Однако полное игнорирование правотворческого процесса представляется абсурдным. Историки не могли не считаться с законотворческим процессом, не могли сбросить со счетов факты создания правовых норм и их кодификации, особенно в римском праве. В поле зрения представителей исторической школы права находилось формулирование абстрактных правовых принципов, которое достигалось через изучение, анализ и систематизацию норм римского права. Совершенным и наиболее развитым считалось право, содержащее юридические максимы, реализуемые в действительности посредством национальных традиций и особенностей.

История привносит, безусловно, значимый оттенок, однако чрезмерное следование ей приводит к случайным выводам, к смещению границ права и неправа. Право не может быть лишено рационализма, границы его должны быть предельно четкими. Игнорирование реализации индивидуальных прав, установления конкретного объема полномочий и границ государственного принуждения, правовой аргументации и судебной защиты недопустимо.

**В четвертом параграфе** анализируется система взглядов на судебный прецедент в реалистической школе права.

Наследие, оставленное юридическим позитивизмом и исторической школой права, характеризуются крайне негативным отношением к проблемам судебного прецедента как источника права. Однако проблемы, возникающие в практике применения юридических норм, не могли быть полностью исключены из теоретического анализа. Они были перенесены из сферы абстрактного, иллюзорного в четкие границы реальности и конкретики. Опыт естественно-правовой доктрины в вопросах судебного прецедента как источника права был воспринят реалистической школой права, ярчайшим представителем которой является Рудольф Фон Иеринг.

Р.Ф. Иеринг акцентировал внимание на содержании права. Ученый считал, что благодаря содержанию права мы узнаем о целях, которые реализуются в обществе.

Цель права - охранять и гарантировать человеческий интерес. И то право ценно, которое посредством реализации общественного интереса удовлетворяет индивидуальный интерес. Именно в этом заключается залог строгого исполнения и соблюдения законов. Право облагораживает и дисциплинирует эгоистическую цель, а цель, в свою очередь, определяет право.

Особо значимым для науки является то, что Р. Иеринг в содержание права включает именно жизненные условия общества, а целью права называет обеспечение этих условий. Средством для реализации поставленных задач ученый определяет борьбу за права. Р. Иеринг призывает каждого к борьбе за свои права. Она необходима для рождения права. Разумным средством борьбы за право является правосудие. Именно посредством судебного разбирательства индивид, общество и государство достигают поставленных целей. Защищая нарушенное право индивида в суде, государство восстанавливает общественный порядок.

Ученый придает особое значение образу судьи, которому вменяется прямая обязанность отправлять правосудие. Он призван не только применять законы, но и защищать одновременно и общественный порядок и права человека.

Исследователь понимает, что идеального закона не бывает и оправдывать его исключительно с формальной точки зрения недопустимо. Исключительное господство закона нарушаемо. Р. Иеринг замечает, что определенная жизненная ситуация, возникающая между индивидами, может находиться за рамками закона. Проводником между такой жизненной ситуацией и законом является суд, решающий дело не просто посредством применения правовой нормы к схожим обстоятельствам дела, а при помощи научной аргументации как конкретной жизненной ситуации, так и правовых понятий, закрепленных в законе.

Значимость идеи Р. Иеринга заключается в том, что судебная власть, способная изменять и дополнять право посредством создания судебных прецеден-

тов, наравне с законодательной властью призвана решать вопрос о содержании права, который сводится к вопросу о цели права (к вопросу о гарантии и обеспечении жизненных условий общества). Поэтому судья, рассматривая конкретную жизненную ситуацию и испытывая потребность в правовой норме, призванной урегулировать спорное отношение, в собственном решении должен достигнуть цели, которая характеризуется устранением каких-либо недостатков и обеспечением существования необходимых жизненных условий. Судебное решение, в котором достигнута такая цель, станет судебным прецедентом и будет являться частью действующего права.

В **заключении** подводятся основные итоги исследования, делаются теоретические выводы и обобщения.

**По теме диссертации автором опубликованы следующие работы**  
**Статьи в изданиях, рекомендованных ВАК Министерства**  
**образования и науки РФ для публикаций по кандидатским и докторским**  
**диссертациям**

1. *Васильева, Т.А.* Актуальные вопросы судебного прецедента как источника права [Текст] / Т.А. Васильева // Право и политика. - М., 2007. - № 7. - 0,8 п.л.

2. *Васильева, Т.А.* Судебный прецедент в деятельности высших российских органов правосудия [Текст] / Т.А. Васильева // Право и политика. - М., 2008. - № 5. - 0,8 п.л.

3. *Васильева, Т.А.* Понятие и признаки судебного прецедента как источника права [Текст] / Т.А. Васильева // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. - Тольятти, 2010. - № 3 (13). - 0,3 п.л.

4. *Васильева, Т.А.* Концепция судебного прецедента как источника права в юридическом позитивизме [Текст] / Т.А. Васильева // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. Сер. «Юриспруденция». Вып. 75. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2011. - 0,6 п.л.

**Статьи в иных изданиях**

5. *Васильева, Т.А.* К теории судебного прецедента [Текст] / Т.А. Васильева // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. Сер. «Юриспруденция». Вып. 53. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2006. - 0,4 п.л.

6. *Васильева, Т.А.* Романо-германская правовая система: актуальные вопросы становления и функционирования [Текст] / Т.А. Васильева // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева Сер. «Юриспруденция». Вып. 53. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2006. - 0,4 п.л.

7. *Васильева, Т.А.* Судебный прецедент как источник права [Текст] / Т.А. Васильева // Материалы Международной научной конференции «Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики». Ч. 2 : Правоотношения и юридическая ответственность. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2006. - 0,2 п.л.

8. *Васильева, Т.А.* Актуальность судебного прецедента как источника права [Текст] / Т.А. Васильева // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева Сер. «Юриспруденция». Вып. 58. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2006. - 1,1 п.л.

9. *Васильева, Т.А.* Судебная практика Европейского Суда по правам человека [Текст] / Т.А. Васильева // Материалы Международной научной конференции «Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики». // Правоотношения и юридическая ответственность. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2007. - 0,2 п.л.

10. *Васильева, Т.А.* Закон и судебный прецедент [Текст] / Т.А. Васильева // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева Сер. «Юриспруденция». Вып. 67. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2007. - 0,8 п.л.

11. *Васильева, Т.А.* Прецеденты Европейского Суда по правам человека: теория и практика [Текст] / Т.А. Васильева // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева Сер. «Юриспруденция». Вып. 68. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2007. - 0,6 п.л.

12. *Васильева, Т.А.* Английская буржуазная революция: основные этапы и законодательные акты [Текст] / Т.А. Васильева // Материалы Международной научной конференции «Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики». Ч. 1 : Правоотношения и юридическая ответственность. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2008. - 0,4 п.л.

13. *Васильева, Т.А.* Судебное правотворчество в Российской Федерации [Текст] / Т.А. Васильева // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. Сер. «Юриспруденция». Вып. 70. - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2008. - 1,0 п.л.

14. *Васильева, Т.А.* Понятие и значение источника права [Текст] / Т.А. Васильева // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. Сер. «Юриспруденция»: Научно-практический журнал. Вып. 2 (73) - Тольятти : Изд-во ВУиТ, 2010. - 1,0 п.л.

15. *Васильева, Т.А.* Проблемы соотношения судебного прецедента как источника права с обычаем [Текст] / Т.А. Васильева // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Сер. «Юридические науки». - Тольятти, 2011. - № 2 (5). - 0,25 п.л.

16. *Васильева, Т.А.* Взаимосвязь и взаимовлияние судебного прецедента и правового принципа [Текст] / Т.А. Васильева // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Сер. «Юридические науки». - Тольятти, 2011. - № 2 (5). - 0,4 п.л.